

**Zadeva C-441/23**

**Povzetek predloga za sprejetje predhodne odločbe v skladu s členom 98(1)  
Poslovnika Sodišča**

**Datum vložitve:**

12. julij 2023

**Predložitveno sodišče:**

Tribunal Superior de Justicia de Madrid (višje sodišče v Madridu,  
Španija)

**Datum predložitvene odločbe:**

7. junij 2023

**Tožeča stranka:**

LM

**Toženi stranki:**

Omnitel Comunicaciones, S. L.

Microsoft Ibérica, S. R. L.

Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) (jamstveni sklad za plače,  
Španija)

Indi Marketers, S. L.

Leadmarket, S. L.

---

**Predmet postopka v glavni stvari**

Delo prek agencij za zagotavljanje začasnega dela – Pogodba o zunanjem  
izvajanju storitev – Razlikovanje – Noseča delavka – Odpust – Ničnost odpusta –  
Posledice ničnosti odpusta

## **Predmet in pravna podlaga predloga za sprejetje predhodne odločbe**

Predlog za sprejetje predhodne odločbe – Člen 267 PDEU – Direktiva 2008/104/ES – Uporaba direktive – Pojmi „delavec, zaposlen pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela“, „agencija za zagotavljanje začasnega dela“ in „podjetje uporabnik“ – Plača – Direktiva 2006/54/ES – Porodniški dopust – Vrnitev – Odpust – Posledice ničnosti odpusta

## **Vprašanja za predhodno odločanje**

A. Ali se Direktiva 2008/104/ES uporablja za podjetje, ki delavko napoti na delo v drugo podjetje, čeprav prvo podjetje v skladu z nacionalno zakonodajo ni priznано kot agencija za zagotavljanje začasnega dela, ker nima upravnega dovoljenja za to?

B. Če se Direktiva 2008/104/ES uporablja za podjetja, ki napotujejo delavce, ne da bi bila po nacionalni zakonodaji priznana kot agencije za zagotavljanje začasnega dela, ali je treba v položaju, kakršen je opisan zgoraj, delavko šteti za delavko agencije za zagotavljanje začasnega dela v smislu člena 3(1)(c) Direktive 2008/104/ES, podjetje Leadmarket S. za agencijo za zagotavljanje začasnega dela v smislu člena 3(1)(b) te direktive, družbo Microsoft Ibérica pa za podjetje uporabnika v smislu člena 3(1)(d) te direktive; natančneje, ali je treba šteti, da je družba Leadmarket S. L. dajala navodila in imela nadzor nad delovno aktivnostjo (s čimer se izključuje obstoj napotitve delavke), saj je poslovodja tega podjetja od delavke prejemal mesečna poročila o aktivnosti in tudi podpisoval dopuste, počitnice in delovni čas delavke, čeprav je bilo vsakodnevno opravljanje storitev delavke podpora strankam družbe Microsoft, odpravljanje težav s pogostim stopanjem v stik z odgovornimi osebami pri družbi Microsoft in delo od doma z računalnikom, ki ga je delavki dala na voljo družba Microsoft, ter obiskovanje delovne lokacije družbe Microsoft enkrat tedensko?

C. Če bi se uporabljala Direktiva 2008/104/ES in bi šlo za napotitev delavke, ali bi morala biti plača delavke kot posledica uporabe člena 5(1) Direktive 2008/104/ES vsaj enaka plači, ki bi ji pripadala, če bi jo zaposlila neposredno družba Microsoft Ibérica S. L.?

D. Ali se v okoliščinah tega primera v skladu s členom 15 Direktive 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu uporablja pravica delavke, da se vrne na svoje ali enakovredno delovno mesto po porodniškem dopustu? In ali je treba, čeprav je pogodba med družbo Microsoft Ibérica S. L. in družbo Leadmarket, S. L. potekla, v družbi Leadmarket S. L. pa ni enakovrednega delovnega mesta, vrnitev zagotoviti v družbi Microsoft Ibérica S. L.?

E. Če se uporablja Direktiva 2008/104/ES, ker gre za napotitev, ali je treba kot posledico uporabe člena 5(1) Direktive 2008/104/ES na podlagi španskih

zakonskih določb, ki določajo ničnost odpusta nosečih delavk in delavk, ki dojijo, agencijo za zagotavljanje začasnega dela in podjetje uporabnika razglasiti za solidarno odgovorni za posledice, ki so z zakonom določene za ničnost odpusta, in sicer: vrnitev delavke na njeno delovno mesto, plačilo neizplačanih plač od odpusta do vrnitve na njeno delovno mesto ter obveznost izplačila odškodnin zaradi nezakonnosti odpusta.

### **Navedene določbe prava Unije**

Direktiva 2008/104/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 19. novembra 2008 o delu prek agencij za zagotavljanje začasnega dela (v nadaljevanju: Direktiva 2008/104): členi 1(1), 3(1)(a), (b), (c), (d), (e) in (f), 5(1).

Direktiva Sveta 92/85/EGS z dne 19. oktobra 1992 o uvedbi ukrepov za spodbujanje izboljšav na področju varnosti in zdravja pri delu nosečih delavk in delavk, ki so pred kratkim rodile ali dojijo (deseta posebna direktiva v smislu člena 16(1) Direktive 89/391/EGS) (v nadaljevanju: Direktiva 92/85): člena 2 in 10.

Direktiva 2006/54/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 5. julija 2006 o uresničevanju načela enakih možnosti ter enakega obravnavanja moških in žensk pri zaposlovanju in poklicnem delu (v nadaljevanju: Direktiva 2006/54): členi 2(2), 14(1) in 15.

Listina Evropske unije o temeljnih pravicah; členi 21, 23 in 30.

### **Navedene določbe nacionalnega prava**

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (kraljeva zakonska uredba 2/2015 z dne 23. oktobra 2015 o potrditvi prečiščenega besedila zakona o delovnih razmerjih): členi 13, 43(1), (2), (3) in (4), 43(1)(d), 53 ter 55.

Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (zakon 14/1994 z dne 1. junija 1994 o agencijah za zagotavljanje začasnega dela): členi 1, 2, 2(2)(a), 12 in 15.

Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (zakon 31/1995 z dne 8. novembra 1995 o preprečevanju poklicnih tveganj): člen 28.

Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (kraljeva uredba-zakon 28/2020 z dne 22. septembra 2020 o delu na daljavo), ki jo je nadomestil Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia (zakon 10/2021 z dne 9. julija 2021 o delu na daljavo): člena 11 in 12.

Španska zakonodaja določa:

- (a) posredovanje ali napotitev delavcev je pravni posel, ki se običajno šteje za zakonitega le, če ga izvaja agencija za zagotavljanje začasnega dela;
- (b) agencije za zagotavljanje začasnega dela so opredeljene kot take, ker morajo imeti predhodno upravno dovoljenje za opravljanje svoje dejavnosti;
- (c) za pogodbo o posredovanju ali napotitvi delavcev je značilno, da agencija za zagotavljanje začasnega dela delavca zaposli, mu izplača plačo in ga vključi v socialno varnost, vendar delavec dela v skladu z navodili in pod nadzorom podjetja uporabnika;
- (d) agencija za zagotavljanje začasnega dela prav tako prevzame usposabljanje delavca v zvezi s preprečevanjem poklicnih tveganj in spremlja zdravje delavcev, ne da bi to povzročilo prenehanje posredovanja ali napotitve;
- (e) zaradi vsega navedenega agencija za zagotavljanje začasnega dela ni fiktivno ali neobstoječe podjetje, ampak mora imeti organizacijsko strukturo, ki ji omogoča izpolnjevanje njenih obveznosti.

Napotitev delavcev, ki je ni opravila ustrezno pooblaščen agencija za zagotavljanje začasnega dela, ima poleg morebitnih upravnih ali celo kazenskih sankcij za posledico tudi:

- (a) da sta obe podjetji, napotitveno in prevzemno, solidarno odgovorni za obveznosti do delavcev in do socialne varnosti (člen 43(3) zakona o delovnih razmerjih).
- (b) napoteni delavec se šteje za delavca, zaposlenega za nedoločen čas, in ima možnost izbire med tem, da je še naprej delavec napotitvenega podjetja ali da se ga šteje za delavca prevzemnega podjetja, njegove pravice in obveznosti pa so enake kot za delavca, zaposlenega na istem ali enakovrednem delovnem mestu, vendar se delovna doba izračuna od začetka nezakonite napotitve (člen 43(4) zakona o delovnih razmerjih).

V zvezi z opredelitvijo odpusta kot ničnega v primeru uživanja nadomestila zaradi rojstva in nege otroka, zakon o delovnih razmerjih (člena 53 in 55) določa, da je treba (objektivni ali disciplinski) odpust opredeliti kot ničen, med drugim kadar gre za noseče delavke od datuma začetka nosečnosti in tudi za zaposlene osebe po tem, ko so se vrnile na delo po izteku obdobja prekinitve pogodbe o zaposlitvi zaradi rojstva in nege otroka, pod pogojem, da od datuma rojstva ni preteklo več kot dvanajst mesecev. Vendar se odpust ne sme razglasiti za ničnega, če se šteje za utemeljenega iz zakonitih razlogov, ki ga upravičujejo, tako da se „odpust razglasi za utemeljenega iz razlogov, ki niso povezani z nosečnostjo ali uveljavljanjem pravice do navedenih dopustov in odsotnosti“.

V skladu s stališčem španskega Tribunal Constitucional (ustavno sodišče) je ničnost odpusta, ki jo določajo ta pravila, objektivno jamstvo, vzpostavljeno za

varstvo temeljnih pravic, in mora veljati tudi, če podjetje v času odpusta ni vedelo, da je delavka noseča.

Poleg tega je treba odpust razglasiti za ničnega tudi, če se šteje, da temelji na enem od razlogov za diskriminacijo, ki so prepovedani z ustavo ali zakonom, ali če je bil storjen s kršitvijo temeljnih pravic in državljskih svoboščin delavca.

Opredelitev odpusta kot ničnega pomeni, da se podjetju naloži „takojšnja vrnitev delavca na delo in izplačilo neizplačanih plač“ (člen 55(6) zakona o delovnih razmerjih), pri čemer delodajalec nima možnosti izbire, da bi zaposleni osebi namesto vrnitve na njeno delovno mesto izplačal odškodnino.

Delo na daljavo in ureditev dela na daljavo sta opredeljena kot „položaj, kjer se delo opravlja pretežno na domu delavca ali v kraju, ki ga ta prosto izbere, kot alternativa glede na njegov potek na delovni lokaciji podjetja“ (člen 13 zakona o delovnih razmerjih). V skladu s španskim pravom mora tehnična sredstva za delo na daljavo zagotoviti tisti, ki se šteje za delodajalca.

### **Kratka predstavitev dejanskega stanja in postopka v glavni stvari**

- 1 LM (v nadaljevanju: LM ali delavka) je bila od septembra 2010 do junija 2011 pripravnica v družbi Microsoft Ibérica. Nato so jo zaporedoma zaposlila tri podjetja: družba Omnitel Comunicaciones, S. L. (od 24. avgusta 2011 do 24. januarja 2012 ter od 21. julija 2014 in 23. decembra 2014), družba Indi Marketers S. L. (od 4. marca 2015 do 31. maja 2017) in družba Leadmarket S. L. (od 1. avgusta 2017 do odpusta aprila 2021). Ta podjetja so z družbo Microsoft Ibérica S. L. sklenila pogodbe za različne storitve in LM je pri delu izvajala storitve, določene s pogodbo med temi podjetji in družbo Microsoft Ibérica S. L.
- 2 LM je z družbo Omnitel Comunicaciones S. L. sklenila tri zaporedne pogodbe o nadomeščanju, med katerimi je opravljala naloge Customer Partner Experience družbe Microsoft.
- 3 Delavka je pri družbi Indi Marketers S. L. opravljala naloge trženja za kampanji „Datamining Breath Microsoft“ in „Telemarketing Azure partner Microsoft“. Med navedeno pogodbo je opravljala naloge vzdrževanja in čiščenja podatkovnih zbirk, pri čemer je delala na daljavo in v skladu z delovnim časom, ki ga je sama izbrala, enkrat tedensko pa je obiskala pisarne družbe Microsoft.
- 4 V obdobju, v katerem je bila zaposlena pri družbi Leadmarket S. L., je LM je delala kot svetovalka/komercialistka, z nazivom višja, za oddelek Original Equipment Manufacturer (OEM) družbe Microsoft, pri čemer je opravljala marketinška dela za podporo partnerskim računom družbe Microsoft. V družbi Microsoft ni bilo zaposlenih, ki bi opravljali iste naloge, saj so se opravljali izključno prek pogodb o zunanjem izvajanju. Pogodbeno opravljanje storitev je imelo naslednje značilnosti:

- (a) Delavka je bila zaposlena pri družbi Leadmarket S. L., ki pa je sklenila pogodbo o zunanjem izvajanju z družbo Microsoft Ibérica S. L. za zagotavljanje storitve podpore strankam OEM na daljavo, to storitev pa je opravljala delavka.
  - (b) Delavka je storitve opravljala na daljavo od doma, čeprav je hodila v prostore družbe Microsoft Ibérica S. L. enkrat tedensko, za kar je imela kartico za dostop za zunanje osebe, ki jo je zagotovila družba Microsoft Ibérica S. L.
  - (c) Za opravljanje storitev je uporabljala računalnik, ki ga je priskrbel družba Microsoft Ibérica S. L. in ki ji ga je to podjetje izročilo za uporabo iz razlogov informacijske varnosti, čeprav je sprva uporabljala drug računalnik, ki ni bil od družbe Microsoft.
  - (d) Storitev je obsegala podporo strankam proizvodov OEM družbe Microsoft na daljavo. Delavka je imela neposredne stike s strankami in imela elektronski poštni predal microsoft.com, ne da bi tudi kateri koli drug delavec družbe Microsoft Ibérica S. L. opravljal tudi to storitev.
  - (e) Pri vseh zadevah v zvezi z opravljanjem storitve je bila pogosto v stiku z ustreznim oddelkom družbe Microsoft.
  - (f) Poleg tega je mesečno poročala poslovodji družbe Leadmarket, ki ji je organiziral počitnice, dopuste, delovnik in delovni čas ter o tem obveščal družbo Microsoft Ibérica S. L. Ta oseba iz družbe Leadmarket ji je prav tako zagotovila usposabljanje.
- 5 Delavka je leta 2020 zanosila. Družba Microsoft je v sedmem mesecu te nosečnosti družbo Leadmarket obvestila, da se bo pogodba iztekla 30. septembra 2020 in da iz proračunskih razlogov ne bo podaljšana.
- 6 Delavka je 22. septembra 2020 nastopila bolniški stalež, 8. decembra 2020 je rodila hčer, s čimer se začel njen dopust zaradi rojstva in nege otroka, ki sta mu pozneje sledila dopust za dojenje ter koriščenje letnega dopusta, vse do 29. marca 2021. Ko bi se morala vrniti na delo, je istega dne, 29. aprila 2021, prejela pismo poslovodje družbe Leadmarket S. L., s katerim jo je ta obvestil o prenehanju pogodbe o zaposlitvi z učinkom od 27. aprila 2021, pri čemer je navajal objektivne razloge, zlasti zmanjšanje povpraševanja kot posledice izgube načrtovanih projektov, saj podjetje ni imelo nobene službe, v katero bi jo lahko razporedilo.
- 7 Delavka je 14. junija 2021 vložila tožbo proti družbama Microsoft Ibérica S. L. in Leadmarket, S. L., v kateri je zahtevala ugotovitev ničnosti ali, podredno, nezakonitosti njenega odpusta. Zahtevala je, naj se družbama Leadmarket S. L. in Microsoft Ibérica S. L. solidarno naloži plačilo posledic te ugotovitve. Zahtevala je tudi odškodnino v višini 110.000 EUR zaradi kršitve njenih temeljnih pravic



(diskriminacija na podlagi spola) in plačilo še neizplačane plače v višini 1.100 EUR.

- 8 Juzgado de lo Social n° 39 de Madrid (delovno in socialno sodišče št. 39 v Madridu) je s sodbo z dne 30. novembra 2021 ugotovilo, da ni šlo za napotitev delavcev, saj je družba Leadmarket organizirala delovnik in delovni čas tožeče stranke, ji izplačevala plače, ji zagotovila usposabljanje, ji dovoljevala dopuste ali počitnice in upravljala z njenimi odsotnostmi zaradi materinstva. Prav tako je menilo, da je družba Microsoft pogodbo o zunanjem izvajanju z družbo Leadmarket prekinila zaradi neobstoja proračuna, in ne zaradi nosečnosti in poznejšega materinstva delavke. Zaradi vsega navedenega je glede odpusta in kršitve temeljnih pravic družbo Microsoft Ibérica S. L. oprostilo ter izrecno zavrnilo zahtevo, da bi morala biti plača delavke takšna, kakršno bi imela, če bi bila zaposlena neposredno pri družbi Microsoft Ibérica S. L.
- 9 V zvezi z družbo Leadmarket S. L. je bilo v navedeni sodbi ugotovljeno, da so bili razlogi za objektivno prenehanje pogodbe o zaposlitvi, pojasnjeni v obvestilu o odpustu, „splošni, nejasni in nezadostni“ ter da je bil zato odpust nezakonit, ker ga je treba v skladu s španskim zakonom razglasiti za ničen, saj je do tega odpusta prišlo v obdobju po odsotnosti zaradi rojstva in nege otroka.
- 10 Ker je ugotovilo, da resnični razlog za odpoved pogodbe o zunanjem izvajanju ni bil povezan z diskriminacijo na podlagi materinstva, je zavrnilo odškodninski zahtevek. Na koncu je družbi Leadmarket S. L. naložilo, naj delavki izplača plače za sorazmerni delež zadnjega meseca dela ter za pridobljeni in neizrabljeni dopust.
- 11 LM je zoper sodbo Juzgado de lo Social de Madrid (delovno in socialno sodišče v Madridu) vložila pritožbo pri Tribunal Superior de Justicia de Madrid (višje sodišče v Madridu) (v nadaljevanju: predložitveno sodišče).

### **Bistvene trditve strank v postopku v glavni stvari**

- 12 LM trdi, da je bil njen položaj v družbi Leadmarket S. L. napotitev v družbo Microsoft Ibérica S. L. za opravljanje delovnih storitev in da je po njenem mnenju zato treba temu podjetju solidarno naložiti, da nosi posledice ugotovljene ničnosti odpusta, vključno z vrnitvijo na njeno delovno mesto. Trdi tudi, da mora biti plača enaka plači, ki bi jo prejela, če bi jo neposredno zaposlila družba Microsoft Ibérica S. L.
- 13 Trdi tudi, da mora uporaba zakonskih pravil v zvezi z ničnostjo odpusta v primeru nosečih delavk ali delavk, ki so se vrstile na delo po porodniškemu dopustu, privedi do priznanja odškodnine zaradi kršitve temeljnih pravic, ki bi jo bilo treba solidarno naložiti družbama Microsoft Ibérica S. L. in Leadmarket S. L.

### Kratka predstavitev obrazložitve predloga za sprejetje predhodne odločbe

- 14 V španskem pravu se za agencijo za zagotavljanje začasnega dela šteje le podjetje, katerega glavna dejavnost je napotitev delavcev in ki ima posebno upravno dovoljenje, ki mu dovoljuje, da deluje kot agencija za zagotavljanje začasnega dela. Če podjetje brez takega dovoljenja redno ali občasno napotuje delavce, se ne šteje za agencijo za zagotavljanje začasnega dela. Dejavnost, ki se opravlja tako, je prepovedana in ustvari pravico delavca, da se odloči, ali se bo stalno zaposlil v podjetju uporabnika ali v napotitvenem podjetju, solidarno odgovornost obeh podjetij za delovne obveznosti in obveznosti iz naslova socialne varnosti ter različne sankcije.
- 15 Vendar je v Direktivi 2008/104 kot agencija za zagotavljanje začasnega dela opredeljena vsaka fizična ali pravna oseba, ki v skladu z nacionalnim pravom sklepa pogodbe o zaposlitvi ali delovna razmerja z delavci, zaposlenimi pri agenciji za zagotavljanje začasnega dela, da bi jih napotila v podjetja uporabnike, kjer začasno delajo pod nadzorom in v skladu z navodili teh podjetij. Zato se zdi, da zadostuje, da podjetje v drugo podjetje napoti delavca, čeprav občasno, da bi se to podjetje v skladu z Direktivo 2008/104 štelo za agencijo za zagotavljanje začasnega dela, ne da bi se zahtevalo, kot to določa špansko pravo, da gre za podjetje, katerega glavna dejavnost je napotitev delavcev in da ima za to upravno dovoljenje.
- 16 Predložitveno sodišče s prvim vprašanjem za predhodno odločanje sprašuje, ali se Direktiva 2008/104 uporablja za podjetje, ki delavca napoti v drugo podjetje, čeprav v skladu z nacionalno zakonodajo ni priznano kot agencija za zagotavljanje začasnega dela z upravnim dovoljenjem.
- 17 Če je odgovor pritrdilen, predložitveno sodišče sprašuje, ali je v obravnavani zadevi prišlo do napotitve tožeče delavke s strani družbe Leadmarket S. L. v družbo Microsoft Ibérica S. L., tako da je treba delavko šteti za delavko, napoteno s strani agencije za zagotavljanje začasnega dela v smislu člena 3(1)(c) Direktive 2008/104, družbo Leadmarket S. L. za agencijo za zagotavljanje začasnega dela v smislu člena 3(1)(b) te direktive, družbo Microsoft Ibérica pa za podjetje uporabnika v smislu člena 3(1)(d) te direktive.
- 18 V členu 3(1) Direktive 2008/104 so ti pojmi opredeljeni z obrazložitvijo, da delavec, ki ga zaposluje agencija za zagotavljanje začasnega dela, dela „pod nadzorom in v skladu z navodili“ podjetja uporabnika.
- 19 Poraja se dvom, ali je ob upoštevanju vseh elementov, značilnih za delo, ki ga je opravljala delavka, navedenih v točki 4 zgoraj, mogoče šteti, da je delovna aktivnost potekala pod nadzorom in v skladu z navodili družbe Leadmarket S. L., tako da naj ne bi šlo za napotitev delavke, saj je poslovodja navedenega podjetja prejemal mesečno poročilo o aktivnosti in je poleg tega podpisoval dopust, počitnice in delovni čas delavke.



- 20 Če se Direktiva 2008/104 uporablja v obravnavani zadevi, se torej zdi jasno, da bi bilo plačilo podjetja uporabnika del „osnovnih delovnih pogojev in pogojev zaposlitve“ in da bi bilo treba v skladu s členom 5(1) navedene direktive ugoditi zahtevi delavke, da naj bo njena plača vsaj takšna, kakršna bi ji pripadala, če bi jo družba Microsoft Ibérica S. L. neposredno zaposlila na istem delovnem mestu.
- 21 Naslednja težava je povezana z vrnitvijo delavke na delo po tem, ko je Juzgado de lo Social (delovno in socialno sodišče) razglasilo njen odpust za ničn, in navedena razglasitev ničnosti pomeni, da ima delavka pravico, da se vrne na svoje delovno mesto, ki ga je imela pred odpustom. V skladu s členom 15 Direktive 2006/54 je ženska na porodniškem dopustu po koncu porodniškega dopusta upravičena do vrnitve na svoje delovno mesto ali na enakovredno delovno mesto pod pogoji, ki zanj niso manj ugodni, in ima pravico do vseh izboljšav delovnih pogojev, do katerih bi bila upravičena med svojo odsotnostjo.
- 22 Pogodbeno razmerje med družbama Leadmarket S. L. in Microsoft Ibérica S. L. je prenehalo, preden se je delavka vrnila na svoje delovno mesto in jo je družba Leadmarket S. L. odpustila, tako da bi se lahko vrnila na svoje delovno mesto in opravljala delovne naloge, ki jih je opravljala pred materinstvom, le v primeru vrnitve na svoje delovno mesto v družbi Microsoft Ibérica S. L., saj družba Leadmarket S. L. nima nobenega delovnega mesta, ki bi ga ponudila kot alternativo. Ta sicer ne sodeluje v postopku in se ne udeležuje obravnav, domnevno je prenehala obstajati, tako da ni mogoče šteti, da v okviru osebja navedenega podjetja obstaja enakovredno delovno mesto.
- 23 Poleg tega je treba upoštevati dejstvo, da v primeru napotitve, ki jo ureja Direktiva 2008/104, člen 5(1) te direktive med osnovne delovne pogoje in pogoje zaposlitve, katerih uporaba mora biti zagotovljena napotenim delavcem, vključuje veljavne predpise v podjetju uporabniku glede zaščite nosečih žensk in doječih mater, ter glede enakega obravnavanja moških in žensk ter ukrepov v boju proti diskriminaciji na podlagi spola, „kar je določeno v zakonih in drugih predpisih, kolektivnih pogodbah in/ali drugih splošnih določbah“. Zakonska določba, ki velja v Španiji tako za podjetje uporabnika kot za napotitveno podjetje, je obveznost, da se z izplačilom neizplačanih plač ponovno sprejmejo delavke, ki so bile odpuščene po vrnitvi na delo po izteku obdobja prekinitve pogodbe zaradi rojstva, posvojitve, dodelitve skrbništva z namenom posvojitve ali rejništva, pod pogojem, da od datuma rojstva, posvojitve, dodelitve skrbništva z namenom posvojitve ali rejništva ni preteklo več kot dvanajst mesecev. Španska zakonodaja določa to pravilo za vse primere objektivnega ali disciplinskega odpusta, razen če se ugotovi, da je bil odpust utemeljen.
- 24 Če bi torej delavko, ki je bila napotena v družbo Microsoft Ibérica S. L., neposredno zaposlila družba Microsoft in bi jo ta družba odpustila po vrnitvi na delo po prekinitvi pogodbe zaradi rojstva in nege otroka, in če ta odpust ne bi bil upravičen in utemeljen, bi bil razglašen za ničn, družba Microsoft Ibérica S. L. pa bi morala delavko vrniti na njeno delovno mesto in ji izplačati plače, ki niso bile plačane od dneva odpusta do njene vrnitve na delo. Vprašanje je, ali zaradi

dejstva, da ni bila zaposlena neposredno pri družbi Microsoft Ibérica S. L., ampak pri družbi Leadmarket S. L., ta pravica, da se lahko vrne na delovno mesto v družbi Microsoft, preneha, saj je za njeno vrnitev na delovno mesto odgovorna le družba Leadmarket S. L., ali pa, nasprotno, uporaba člena 5(1) Direktive 2008/104 pomeni, da obveznost vrnitve in vseh posledic odpusta, ki je bil razglašen za nič, velja tudi za podjetje uporabnika, družbo Microsoft Ibérica S. L.

DELOVNI DOKUMENT